

Konkurranseloven fyller ti år i 2014, og i løpet av denne tiden har det vært en rekke saker for domstolene. Artikkelen tar for seg disse sakene, og fokuserer spesielt på hvordan konkurransrettens samspill mellom jus og økonomi har blitt håndtert.

Forfatterne står bak kurset «konkurranserett ved Norges Handelshøyskole, og har gjennom flere år samarbeidet om konkurranseøkonomisk og konkurranserettslig forskning. De er begge tilknyttet BECCLE.



**Lars Sjørgard** er siviløkonom og dr.oecon. fra Norges Handelshøyskole. Han har hovedsakelig vært tilknyttet NHH-miljøet, først som forsker ved SAF og senere SNF og så som professor i samfunnsøkonomi ved Institutt for samfunnsøkonomi ved NHH. Han var i perioden september 2004 til september 2007 sjeføkonom i Konkurransetilsynet. Han har også vært rådgiver for en rekke private og offentlige bedrifter, samt offentlige myndigheter.



**Erling Hjelmeng** er professor ved Institutt for privatrett, UiO, og Professor II ved Norges Handelshøyskole. Hjelmeng har publisert flere bøker og artikler innenfor konkurranserett, EØS-rett og erstatningsrett.

# Konkurranseloven i domstolene

En samtale mellom to forsvarere på trappen til tinghuset i Bergen:

- Hei Peter, hva skjer?
- Økonomi... Jeg skjønner ingenting av det. Det er tredje uken... Jeg blir ravende sprø.
- Det går vel bra, tenker jeg. Du kan sende verdens største regning.
- Klart det går bra. Dommerne skjønner enda mindre enn meg. Og når jeg er ferdig med dem, kommer de til å skjønne... ingenting. Økonomisaker er paradiset for forsvarere. Det er bare så jævlig kjedelig.

Chris Tvedt: «Rimelig tvil», s. 31.

## 1. Problemstilling

Selv om rettsområdet konkurranserett i Norge har røtter tilbake til mellomkrigstiden, representerer moderne konkurranselovgivning (som i alle fall delvis er innført som følge av EØS-avtalen), et ukjent og utrygt område for de alminnelige domstolene. At rettsområdet ofte forutsetter økonomiske analyser bidrar ikke til avmystifisering. I et domstolsperspektiv blir problemet at dommere kan henfalle til tilvante juridiske tilnæringsmåter, der konfliktløsning basert på normer utenfor konkurranseretten (for eksempel «rimelighet»), overtar

for en mer markedsorientert og økonomisk fundert tilnærming.

Innenfor den offentlige håndhevelsen er konkurranserettens samspill mellom juss og økonomi særlig utfordrende fordi konkurransemyndighetene har vanskeligheter med å «oversette» ikke-normative økonomiske analyser til juridisk holdbar argumentasjon. I sin tur «tvinger» dette dommeren over på det trygge, og praksis bærer dels preg av misforståelser av konkurranserettslige grunnbegreper, og dels har Konkurransetilsynets vedtak i noen saker lidt en ublid skjebne i møtet med domstolens krav til juridisk holdbare begrunnelser for resultatet.

Der konkurranseretten benyttes som grunnlag i tvister mellom private («privat håndhevelse»), forsterkes problemet av en annen faktor; at konkurransereglene anvendes innenfor et normsystem der fokuset på individuelle rettigheter og plikter lett vil fortrenge en mer helhetlig og økonomisk fundert tilnærming til konkurranseproblemer i markedet.<sup>2</sup>

Kombinasjonen av disse forholdene (som i alle fall delvis kan forklares med manglende kommunikasjon og gjensidig forståelse mellom juss og økonomi), etterlater et ikke særlig oppløftende bilde når man ser på norsk konkurranseretts behandling i domstolene. Det er denne utviklingen som er temaet for artikkelen, og formålet er å belyse hvilke lærdommer som kan trekkes, snart ti år etter overgangen til en norsk konkurranselov basert på EUs forbudsregime.<sup>3</sup> Vi vil kort beskrive domstolsavgjø-

relser der konkurranselovens regler har vært et tema, og har valgt å gå noe mer i detalj på to saker, henholdsvis SAS- og TINE-saken, da de to sakene etter vår mening godt illustrerer noen av de utfordringene vi står overfor når konkurranseretten møter domstolene.

## 2. Domstolsbehandling av Konkurransetilsynets vedtak

### 2.1 Innledning

I det følgende vil vi gå nærmere inn på noen sentrale saker hvor Konkurransetilsynet har konstatert overtredelse av konkurranseloven, og hvor vedtaket senere har blitt brakt inn for domstolene.<sup>4</sup> Formålet er å sammenligne domstolenes tilnærming og problemdefinisjon, med tilsynets argumentasjon. Vi vil særlig fokusere på de to første problemstillingene vi presenterte innledningsvis, det vil si i hvilken utstrekning Konkurransetilsynet lykkes med at økonomisk fundert konkurranserettslig argumentasjon faktisk når frem i domstolene, og om domstolene kan sies å «erstatte» en korrekt konkurranserettslig analyse, med vurderingskriterier basert på en juridisk tradisjon.

### 2.2 SAS-saken

I SAS-saken fattet Konkurransetilsynet vedtak i juni 2005, der SAS ble ilagt et overtredelsesgebyr på NOK 20 millioner kroner for misbruk av en dominerende markedsposisjon i strid med konkurranseloven § 11.<sup>5</sup> Den påståtte overtredelse var konkurranseskadelig prisdumping (predasjon) på ruten Oslo-Haugesund. Det ble hevdet at SAS hadde presset konkurrenten Coast Air ut av ruten. Coast Air etablerte seg på denne ruten i juni 2003, men trakk seg etter et drøyt års drift. Perioden misbruket hadde pågått var imidlertid svært kort; fra

lovens ikrafttredelse 1. mai 2004 til 13. juni samme år. Vedtaket ble brakt inn for tingretten, som opphevet det.<sup>6</sup> Avgjørelsen ble anket inn for lagmannsretten, men før saken kom til behandling fattet tilsynet et nytt vedtak der overtredelsesgebyret ble opphevet.<sup>7</sup> Tilsynet fastholdt likevel at loven var overtrådt, og slo dette fast i vedtaket.<sup>8</sup> Omgjøringsvedtaket ble ikke påklaget eller brakt inn for domstolene.

I det opprinnelige vedtaket hadde Konkurransetilsynet benyttet AKZO-testen.<sup>9</sup> Det er en test for hvorvidt det er predasjon, og som bygger på praksis fra EU-domstolen. AKZO-testen er todelt. Hvis prisen er under gjennomsnittlige variable kostnader, er det en presumsjon for predasjon (det vi kan kalle AKZO 1-testen). Hvis derimot prisen er under gjennomsnittlige totale kostnader, og over gjennomsnittlige variable kostnader, er det predasjon dersom den dominerende aktøren har hatt som intensjon å presse konkurrenten ut av markedet (AKZO 2-testen). Konkurransetilsynet kom i vedtaket til at prisene i perioden ikke dekket gjennomsnittlige variable kostnader, og at selskapet dermed strøk på AKZO 1-testen. Tilsynet fant imidlertid også at SAS hadde hatt til hensikt å presse ut Coast Air, hvilket betød at foretaket også strøk på AKZO 2-testen, selv om det skulle ha bestått AKZO 1-testen.

I tingretten var begge parter av den oppfatning at AKZO-testen var relevant å anvende i denne saken. Av den grunn ble det av stor betydning å drøfte kostnadsinndelingen, nærmere bestemt hva som var faste og hva som var variable kostnader. I dommen erkjennes det at skillet mellom faste og variable kostnader er viktig:

*«Det fremgår tydelig av dette hvorfor kategoriseringen av hva som er faste og hva som er variable kostnader er av stor betydning for utfallet av testene.» (s. 85)*

Men retten ønsker allikevel ikke å gå inn på dette skillet mellom faste og variable kostnader:

*«Om det foreligger objektive akseptable forklaringer på manglende dekning av variable kostnader og vurderingen av om det foreligger tilleggsargumenter for situasjonen der inntektene ikke dekker totale kostnader, vil langt på vei bero på tolkningen av omstendigheter og være gjenstand for vurderinger som er sammenfallende. Retten vil derfor drøfte denne problemstillingen under ett. En rekke momenter må trekkes inn og vurderes.» (s. 85)*

De anlegger deretter det de selv karakteriserer som en helhetlig tilnærming:

*«Det er rettens oppfatning at når SAS handlinger vurderes i disse kontekster er det helheten som er avgjørende.» (s. 86)*

Ut fra en slik helhetlig tilnærming fant tingretten at det ikke var ført bevis for rovprising:

*«... det finnes andre akseptable forklaringer på SAS' handlemåte enn det som kan karakteriseres som kritikkverdig og lovbrytende når det gjelder blant annet priser, avgangsendring og manglende markedstilpasning i form av nedjustering av kapasitet.»*

Dommen viste i den forbindelse blant annet til at SAS hadde hevdet at de var opptatt av lønnsomhet, og at de hadde gjennomført en del konkrete handlinger i den perioden, på denne ruten, for nettopp å bedre lønnsomheten. Men hvis en da hadde sjekket om de faktisk strøk på AKZO-1 testen, ville en fått en klar indikasjon på om dette virkelig var tilfelle. Dersom SAS hadde strøket på AKZO 1, ville det betydd at det de gjorde faktisk førte til dårligere lønnsomhet på kort sikt: For hver krone i økt inn-

tekt ville de på kort sikt ha blitt påført en merutgift som oversteg en krone. Idéen med AKZO-testen er å hjelpe domstolen å operasjonalisere misbruksvurderingen og å sortere argumentene, for å gi en hjelpende hånd i vurderingen av om atferden har som formål å begrense konkurransen.<sup>10</sup>

Når domstolen viker tilbake for å bruke AKZO-testen, kan dette kanskje forklares med at en mer helhetlig tilnærming, snarere enn den todelte AKZO-testen, fremstår som mer i tråd med en tradisjonell juridisk tilnærming i Norge, der bredere helhetsvurderinger ofte går igjen. Det kan også tenkes at retten fant det vanskelig å ta stilling til AKZO-testene, da det innebar en tildels krevende økonomisk analyse av hvordan SAS' kostnader kunne kategoriseres som henholdsvis variable og faste. Selv om AKZO-testens egnethet i mange tilfeller kan diskuteres, er det uheldig dersom domstolene erstatter innarbeidede konkurranserettslige metoder med egne løsninger.

“Det er grunn til å sette spørsmålstegn ved domstolenes evne til å gripe de konkurranserettslig relevante problemstillingene.

En uttalelse i dommen tyder på at det kunne vært formålstjenlig i en slik sak hvor det er betydelig innslag av økonomisk analyse å ha fagkyndige meddommere:

*«Dommeren tok under saksforberedelsene opp spørsmålet om retten burde settes med fagkyndige meddommere. Prosessfullmektigene avviste behovet for dette under henvisning til at saken kun gjaldt et avgrenset tema av rent juridisk karakter.*

*I ettertid kan konstateres at bevisførselen avdekket partenes sterke fokusering på samfunns- og bedriftsøkonomiske problemstillinger særskilt vinklet mot flyregnskap og særegenheter innenfor luftfart og konkurranse på dette område.» (s. 45)*

Sett i lys av tingrettens behandling er det også grunn til å sette spørsmålsteget ved utformingen av Konkurransetilsynets vedtak. Den økonomiske analysen var til dels svært detaljert, og det var en stor utfordring å formidle denne til retten. Det ga også SAS en stor mulighet til å rette et kritisk søkelys mot en rekke ulike punkter i vedtaket. De påpekte blant annet det de mente var flere faktafeil i Konkurransetilsynets vedtak. Blant annet hevdet de at SAS' snittpris aldri var under Coast Airs snittpris, slik Konkurransetilsynet hevdet i sitt vedtak. Dette indikerer at vedtaket kanskje var for omfattende utarbeidet, og at det i stedet burde vært utformet slik at det var et enkelt budskap og en enkel historie som kunne formidles i retten – i alle fall slik at denne historien burde kommet klarere frem i vedtaket. Når vedtaket på sin side innbød til omfattende argumentasjon fra den ene parten, er det tankevekkende at tingretten fant at saken fra SAS sin side var meget bredt anlagt, og at saksomkostningskravet på denne bakgrunn ble satt ned.

### 2.3 TINE-saken

TINE-saken (Rt. 2011 s. 910, frifinnelse med dissens 3-2) etterlater et forvirrende bilde, og ut fra det faktum som ble funnet bevist i domstolene, er det vår oppfatning at saken vel så gjerne kunne endt med fellende dom. Konkurransetilsynet fattet vedtak i saken i 2007.<sup>11</sup> I vedtaket fant tilsynet at TINE hadde overtrådt konkurranseloven § 10 og § 11. I henhold til vedtaket hadde TINE inngått avtale med REMA 1000 om å være eneleverandør

av ost. Slike avtaler er etter sikker rett forbudt å inngå for dominerende foretak. Samtidig fant tilsynet at TINE hadde fremsatt et tilbud som innebar eksklusivitet overfor ICA. For disse forholdene ila tilsynet et overtredelsesgebyr på NOK 45 millioner. I vedtaket anfører tilsynet at både § 10 og § 11 er overtrådt, uten at det skilles klart mellom disse grunnlagene. Slik vi kommer til nedenfor, kan denne manglende bevisstheten langt på vei forklare hvorfor saken også endte med frifinnelse.

Tingretten plukket vedtaket temmelig ettertrykkelig fra hverandre, og frifant TINE.<sup>12</sup> I dommen ble det fokusert på hvorvidt det forelå en avtale om eksklusivitet, og retten gikk gjennom hvert enkelt bevis tilsynet hadde bygget på. Retten kommenterte at «i vedtaket kan det synes som om det er sterke indikasjoner på en slik forståelse [mellom TINE og REMA 1000], men det skyldes at Tilsynet har foretatt et skjevt utvalg av dokumenter og sitater.» (Dommen, s. 71).

Tingretten misforsto imidlertid begrepet «samordnet opptreden»:

*«Det har vært en diskusjon om hvorvidt alternativet samordnet adferd kan ha en selvstendig betydning i vertikale forhold utover problemstillingen ved parallellimport. I dette tilfellet var det bare en part som handlet i forhold til Synnøve Finden, nemlig REMA 1000. Det var med andre ord ingen handlinger å samordne mellom partene, og derfor står bare en forståelse eller avtale tilbake.» (S. 71).*

Retten trodde åpenbart at samordnet opptreden var noe som omhandlet forholdet til Synnøve Finden. Men «samordnet opptreden» burde i stedet dreid seg om adferden til TINE og REMA 1000 kunne oppfattes som at de to hadde en samordnet opptreden. Dermed begrenset tingretten seg til å se

på begrepet «avtale», og tok dermed ikke stilling til om det videre begrepet «samordnet opptreden» var oppfylt når det gjelder forholdet mellom REMA 1000 og TINE.

Da tingretten kom til at det ikke var noe misbruk, slapp den å ta stilling til spørsmålet om TINE var dominerende. Den omtalte imidlertid TINE på følgende måte:

*«Det er etter rettens oppfatning ingen tvil om at TINE er en meget tung aktør i markedet, og at den forsiktighet og det innsnevrede handlingsrom som gjelder for den type aktører, også gjelder fullt ut for TINE.»*

Det fremstår som uklart hva tingretten egentlig legger i «meget tung aktør», siden konkurranseretten ikke åpner for andre terskler enn dominans.<sup>13</sup> Akkurat som i SAS-saken, viser tingretten her en tilbøyelighet til å erstatte eller forenkle den konkurranserettslige analysemodellen.

Lagmannsretten ga Konkurransetilsynet delvis medhold, slik at gebyret ble satt ned til NOK 30 millioner<sup>14</sup> Retten fant at konkurranseloven var overtrådt i forhold til REMA 1000, mens TINE ble frifunnet for forholdet overfor ICA. Lagmannsretten bygget sin fellelse i forholdet til REMA 1000 utelukkende på § 11 og TINEs ensidige adferd, og frifant TINE for brudd på § 10. Det siste var begrunnet i at det ikke ble funnet bevis for en avtale om eksklusivitet.

I motsetning til tingretten, tok lagmannsretten stilling til dominansspørsmålet. Den kom til at TINE var dominerende. Herunder ble det gått nærmere inn på avgrensningen av det relevante markedet, med særlig fokus på det som er kalt «cellophane fallacy»-argumentet. Kort fortalt la lagmannsretten da vekt på at TINE var beskyttet av en tollmur, og at selskapet bak denne tollmuren hadde satt opp prisene på ost i Norge. Det var i seg

selv en klar indikasjon på at det relevante markedet var ost i Norge, og at TINE hadde betydelig markedsrett. Dette satte punktum for en svært omfattende økonomisk analyse. Den startet med at TINE utfordret Konkurransetilsynets markedsavgrensning i varsel fra oktober 2005. Det interessante er at den detaljerte økonomiske analysen underveis i saken, med en betydelig mengde økonomiske rapporter som ble utarbeidet fra begge parter, til slutt endte med en enkel historie som retten festet lit til.<sup>15</sup>

“Tingretten plukket vedtaket temmelig ettertrykkelig fra hverandre, og frifant TINE.

Både TINE og Staten, ved Konkurransetilsynet, anket dommen.<sup>16</sup> For Høyesterett var saken begrenset til spørsmålet om overtredelse av § 11 om misbruk av dominerende stilling. Konkurransetilsynet hadde bedt om samtykke etter tvisteloven § 30-7 første ledd til å endre påstanden slik at den også omfattet overtredelse av § 10, men dette ble avvist av Ankeutvalget. Denne avgjørelsen, som reelt sett avgjorde saken, er inntatt i Rt. 2011 s. 690.

Det er hensiktsmessig kort å gjengi hva som ble funnet bevist. Høyesterett la til grunn at:

*«I det første forhandlingsmøtet 3. september 2004 opplyste REMA 1000s administrerende direktør at REMA 1000 ville fokusere på leverandørkonsentrasjon, og at det var aktuelt å satse på TINE som eneste leverandør dersom ytelsene ble økt tilstrekkelig. REMA 1000 gikk frem på samme måte også i forhold til andre store leverandører.»*

*TINEs forhandlingsleder ga på møtet uttrykk for TINEs ønske om vekst, at TINE ville ha mer transparente ytelser og motytelser, at de var villige til å øke sine ytelser, samt at det var behov for ryddighet i forhold til lover og regler. Han ga også uttrykk for at TINE ikke ville kjøpe seg ut av konkurranse.» (Premiss 10-11)*

Deretter sies det:

*«Samme dag oversendte TINE et tilbud til REMA 1000 der avtalebeløpet var på 31,321 millioner kroner. Dette var en økning fra 2004 på 7,771 millioner kroner. Til grunn for tilbudet lå en forutsetning om at avtalen skulle være to-årig, og justeres høsten 2005 i henhold til volumutviklingen.»*

I løpet av forhandlingene hadde REMA 1000 også bedt TINE om å utarbeide et planogram (oversikt over plassfordelingen i butikkhyllene) uten varer fra Synnøve Finden. TINE besvarte denne henvendelsen, og oversendte planogrammer (premiss 13). Videre hadde TINE på forespørsel oversendt REMA 1000 et notat (Geniusnotatet) som beskrev lønnsomheten i å velge én fremfor to leverandører. I oversendelsesbrevet skrev TINE at «tallenes tale er entydige» (premiss 8). Den formelle samarbeidsavtalen og leverandøravtalen ble undertegnet 15. november 2004 (beskrevet i dommens premiss 18). Avtalen inneholdt ingen eksplisitt bestemmelse om eksklusivitet. Synnøve Finden ble imidlertid kastet som leverandør kort tid etter møtene.

Høyesterett la til grunn at TINE hadde en dominerende stilling, noe som heller ikke var omtvistet (premiss 65). I misbruksvurderingen fremhevet Høyesterett først at TINE var klar over at REMA 1000 vurderte å bare ha én leverandør av ost. Høyesterett mente imidlertid at det ville være å stille for strenge krav til TINE hvis man i denne situasjonen

skulle anse TINEs økning av sitt tilbud – og dermed et mulig bidrag til REMA 1000s valg av ikke å ha Synnøve Finden som leverandør – som et misbruk. Selv om dominerende foretak har et særlig ansvar for ikke å skade effektiv konkurranse, fremholdt Høyesterett at misbruksforbudet ikke kunne forhindre TINE fra å konkurrere. (Premiss 75-76).

Deretter understrekes at det ikke var avtalt eksklusivitet, og at det heller ikke forelå faktiske bindinger på REMA 1000. Det var heller ingen rabattmekanisme i avtalen som gjorde at REMA 1000 ville gå glipp av ytelser hvis man fortsatte med Synnøve Finden. Spørsmålet var dermed om økningen i tilbudet – isolert sett – kunne anses som misbruk. Her uttaler Høyesterett at

*«Et motiv om å vinne konkurransen kan imidlertid ikke være nok til å overtre § 11 – som nevnt har også dominerende selskaper rett til å konkurrere på ytelser. For at § 11 skal være overtrådt, må det være benyttet uakseptable konkurransemetoder.» (Premiss 79).*

Høyesterett kom til at dette ikke var tilfelle. For det første hadde TINEs ytelser konkrete forretningsmessige begrunnelser, blant annet kompensasjon for mer omfattende markedsføringskampanjer. For det andre var praksisen med ytelser fra leverandørene et vanlig fenomen i bransjen. For det tredje vises det til at TINEs ytelser til REMA 1000 i tidligere år hadde vært lavere enn overfor andre kjeder, og at en utjevning kunne anses som et forsøk på å tilpasse seg nettopp konkurranse-loven § 11 og forbudet mot å benytte ulike vilkår overfor handelspartnere. (Dette er for øvrig en forståelse av § 11 som neppe er riktig, det oppstilles intet krav om absolutt likebehandling, men et forbud mot konkurransebegrensende diskriminering). Videre ble det påpekt at TINE to ganger hadde avslått å komme med tilbud om betaling for å oppnå eneleveran-

dørstatus. Endelig avviste Høyesterett at TINEs øvrige opptreden, bl.a. utformingen av planogrammet uten Synnøve Findens varer, kunne føre til en annen konklusjon. På dette grunnlag ble tilsynets vedtak opphevet.

Ses det isolert på Høyesteretts argumentasjon, må konklusjonen være riktig. I en situasjon hvor man byr mot en annen, og samtidig vet at den andre vil bli kastet ut såfremt man vinner (fordi kunden bare ønsker én leverandør), kan ikke det å sette ned prisen i seg selv være et misbruk. En slik regel ville i realiteten begrenset konkurransen. Derimot er det et spørsmål om ikke sammenhengen mellom REMA 1000s og TINEs utspill i forhandlingene burde vært utforsket nærmere.

Som nevnt tok Høyesterett bare stilling til om konkurranse-loven § 11 var overtrådt, mens § 10 ikke ble behandlet. Ses det nærmere på det faktum som ble lagt til grunn, er det grunn til å stille spørsmål om saken ikke burde vært avgjort nettopp etter denne bestemmelsen. Allerede i tilsynets vedtak var det først og fremst fokusert på avtalealternativet, noe både tingretten og lagmannsretten hadde avvist. Siden § 10-påstanden ble avvist, var fokuset til Høyesterett rettet mot TINEs ensidige adferd under § 11. Ved å lukke § 10-sporet utelukkes også alternativet «samordnet praksis», hvor det ikke stilles like strenge krav som ved avtalealternativet. Samtidig er det meget som taler for at utelukkelsen av samordnings-/avtalesporet også under § 11 fører til at fokus tas bort fra sammenhengen mellom REMA 1000s utspill i møtet, og TINEs «svar» gjennom sin etterfølgende adferd. Høyesteretts fokus på TINEs ensidige adferd fører dermed til at både flertall og mindretall bare vurderer halve bildet. Handlingene må vurderes i sin kontekst, og det sentrale i denne konteksten er hvilke inviter som kom fra REMA 1000 forut for TINEs «svar», ikke hvilken betydning TINEs økning av sine ytelser isolert sett kunne ha for REMA 1000s valg av leve-

randør (slik flertallet fokuserer på for eksempel i premiss 75).

Som nevnt rammer § 10 ikke bare avtaler, men også samordnet praksis. Samordnet praksis defineres normalt som en kontakt mellom foretak, samt en felles forståelse mellom dem. I vertikale forhold er slik samordnet praksis for eksempel etablert når et initiativ fra én part i praksis følges opp av den andre.<sup>17</sup> Det er ikke krav om at noen form for rettslig bindende avtale skal være inngått. Også under § 11 må det være slik at et dominerende foretak som oppnår en uformell forståelse om eksklusivitet, misbruker sin dominerende stilling.

I henhold til det som er bevist forelå det fra REMA 1000s side et eksplisitt forslag om eksklusivitet (møtet 6. juli 2004 der REMA 1000 opplyste at de var villige til å satse på én leverandør, og spurte hva TINE var villige til å betale for dette (premiss 7)). Dette ble gjentatt i forhandlingsmøtet 3. september. Videre hadde REMA 1000 oppfordret TINE til å oversende dem Geniusnotatet om lønnsomheten i det å ha én versus to leverandører. TINE avviste utspillet om eksklusivitet to ganger, men fulgte likevel opp ganske umiddelbart etter det siste utspillet med å heve sitt tilbud. Etter dette ble Synnøve Finden kastet ut som leverandør.

I utgangspunktet kan dette fra TINEs side anses som en konkludent adferd, det vil si at REMA 1000s tilbud aksepteres ved handling. I ord (jf. uttalelsen om ikke å kjøpe seg ut av konkurranse) foreligger det imidlertid et avslag. REMA 1000s etterfølgende adferd (å kaste ut Synnøve Finden) forsterker imidlertid forståelsen, selv om de etterfølgende forhandlingene med Synnøve Finden kan trekke i motsatt retning, jf. særlig premiss 77 der det legges til grunn at forhandlingene var reelle. Uklarheten er altså at det er avvik mellom ord og handling fra TINEs side; det sies at de ikke vil kjøpe seg ut av konkurranse, men de høyner likevel ytelsene som respons på, og i tråd med, REMA 1000s ut-



spill. Samtidig er det et spørsmål om ikke økningen av ytelser kan forklares på andre måter, jf. det som er sagt ovenfor om likebehandling av kunder, og at de i alle fall delvis kan anses som betaling for tjenester. Når de enkelte omstendighetene som her trekker i ulike retninger, fremstår det som usikkert om et krav om klar sannsynlighetsovervekt ville vært tilfredsstillt. Det som er klart er at argumentasjon knyttet til samordning og felles forståelse om eksklusivitet var den eneste farbare veien til en fellende dom, dersom konkurransereglene skulle vært anvendt korrekt.

Siden saken ble avgrenset til å gjelde § 11 med et fokus på ensidig adferd, ble disse aspektene imidlertid ikke vurdert skikkelig. Er sammenhengen med REMA 1000s utspill sjaltet ut slik at man kun ser på TINEs adferd isolert, er det, jf. ovenfor, vanskelig å konstatere noe misbruk. Det uheldige i saken er dermed i første rekke at Høyesterett ikke fikk behandlet sakens faktum ut fra korrekt vurderingstema. Det hadde imidlertid vært desto mer uheldig om lagmannsrettens dom hadde blitt stående, idet denne sendte signaler om at dominerende foretak ville overtre § 11 bare ved å tilby bedre betingelser til kunder som potensielt da ville velge bort andre leverandører. En slik forståelse av forbudet ville i seg selv ha skadet konkurransen.

## 2.4 Norsk Turbil

I Norsk Turbil hadde bransjeforeningen Norges Turbileierforbund i medlemsbladet «Norsk Turbil» gjentatte ganger oppfordret medlemmene til prisøkninger, blant annet gjennom kampanjen «Femhundringen», som innebar at dagsleien for turbil burde økes med 500 kroner.<sup>18</sup> I en lederartikkel i bladet het det «Tenk om NTEF-medlemmene kunne få til et forpliktende samarbeide uten å trække i hverandres bed og ødelegge for hverandre og uten å stjele kunder fra hverandre!»<sup>19</sup>

Konkurransetilsynet ila et overtredelsesgebyr på

NOK 400 000. Tilsynets vedtak ble opprettholdt av Oslo tingrett.<sup>20</sup> Saken bød i liten utsrekning på økonomiske vurderinger, idet det dreide seg om en såkalt formålsrestriksjon etter konkurranseloven § 10. Vurderingstemaene var i stedet utpreget «juridiske», det vil si spørsmål om ansvarssubjekt, hva som ligger i «beslutning» truffet av en sammenslutning av foretak, og utmåling av gebyr.

Dommen må derfor betraktes som vellykket, men etterlater usikkerhet om relevansen av merkbarhetskriteriet ved formålsovertredelser. På dette punktet vikler dommeren seg inn i en slags overfladisk virkningsanalyse, som etter vår oppfatning var overflødig i saken.<sup>21</sup>

Overtredelsesgebyret i saken var vanskelig for foreningen å betale. Foreningen hadde isolert sett bare en omsetning på et par hundre tusen kroner årlig. Tilsynet fremla et forlikstilbud på NOK 100 000 like før hovedforhandling, noe dommeren kommenterer at «Turbileierforbundet burde ha akseptert». Forbundets anke over dommen ble senere trukket, da Konkurransetilsynet på grunn av forbundets manglende betalingsevne anså overtredelsesgebyret oppgjort ved innbetaling av NOK 75.000.<sup>22</sup> Bransjeforeningen ble på denne måten «judgment proof», og saken avdekker at man kan vurdere en ordning tilsvarende i EU (forordning art. 23(4)) der også medlemsbedrifter på visse vilkår kan bli ansvarlige for bot ilagt en bransjeforening.

## 2.5 Gran/Ekran

Gran/Ekran, også den avgjort i Høyesterett (Rt. 2012 s. 1556), representerer i likhet med TINE en sak der ting gikk galt i domstolene, men hvor Høyesterett innenfor sin kompetanse rettet opp feilene gjort i lavere instanser. Saksforholdet var i korte trekk som følger: Steinkjer kommune utlyste i juni 2007 en anbudskonkurranse om reparasjonsarbeid på fem kommunale broer. Syv firmaer mottok an-

budsdokumenter, men bare Gran & Ekran AS og Grunnarbeid AS leverte inn anbud. Disse lå drøyt tre ganger over den prisen som kommunens konsulent hadde estimert (hhv. NOK 10 og 11 millioner versus NOK 3 millioner estimert).<sup>23</sup> Det fremgår at anbudene også lå relativt likt. På bakgrunn av råd fra konsultentselskapet, som ikke anbefalte kommunen å vedta noen av budene, ga kommunen i oktober samme år melding til Konkurransetilsynet om mistanke om ulovlig prissamarbeid.

“Det som er klart er at argumentasjon knyttet til samordning og felles forståelse om eksklusivitet var den eneste farbare veien til en fellende dom, dersom konkurransereglene skulle vært anvendt korrekt.

Tilsynets etterforskning avdekket at det hadde vært kontakt mellom de to foretakene i forkant av anbudsinngivelse. Den kontakt som ble funnet bevisst, og som er gjengitt i dommen, utgjorde en telefonsamtale der en representant for Gran & Ekran opplyste om kalkulerte betongpriser for to av broene. Grunnarbeids representant kalkulerte de øvrige arbeidene og oversendte disse prisene til Gran & Ekran.

Gran & Ekrans anbud var basert på de kalkulerte betongprisene, og Grunnarbeids priser med et ti prosent påslag på resten. Grunnarbeids anbud var basert på de priser som var oversendt til Gran & Ekran. Partene skulle helt eller delvis være hverandres underleverandører.

Konkurransetilsynet ila 13. juli 2009 Gran & Ekran AS og Grunnarbeid AS overtredelsesgebyr på henholdsvis NOK 2 og 5 millioner.<sup>24</sup> Konkurransetilsynet la til grunn:

«Samarbeidet har ledet til en felles forståelse mellom partene om hvem som skulle fremstå med det beste tilbudet overfor kommunen, herunder at Gran & Ekran innga sitt tilbud uten å ha til hensikt å vinne anbudskonkurransen. Det ble således skapt et inntrykk overfor oppdragsgiver av at Grunnarbeid og Gran & Ekran innga to uavhengige og konkurrerende tilbud. Konkurransetilsynet legger til grunn at partene gjorde dette for at Grunnarbeids tilbud, som var relativt høyt priset, skulle fremstå som rimelig og konkurransedyktig.» (Vedtaket, avsnitt 3).

Ut fra denne beskrivelsen er det på det rene at det foreligger et klart og grovt tilfelle av anbudssamarbeid i strid med konkurranseloven § 10.

Foretakene brakte vedtaket inn for domstolene, men tapte i tingretten. I Frostating lagmannsrett ble overtredelsesgebyrene redusert til 1/10. Lagmannsretten la til grunn at overtredelsen bare var uaktsom, og kom med ganske oppsiktsvekkende uttalelser om rettsvillfarelse som en formildende omstendighet. Dersom det foreligger rettsvillfarelse, skal det lede til frifinnelse. Grunnarbeid AS gikk konkurs etter lagmannsrettens dom, slik at det bare var Gran & Ekran som var part i saken for Høyesterett.

I domstolene ble det ikke funnet bevisst at partene hadde en slik felles forståelse som beskrevet i sitatet ovenfor. Vedtaket ble dermed opprettholdt av Høyesterett på grunnlag av den objektive utvekslingen av informasjon. Selv om det kan stilles spørsmål om det i det hele tatt er rasjonelt for konkurrenter til et enkeltprosjekt å utveksle informasjon hvis det ikke er ledd i en mer omfattende forståelse om «bid rigging», har en fellende dom på dette grunnlag trygg støtte i rettspraksis.<sup>25</sup> Partenes argument om at utvekslingen skjedde på grunn av påtenkte underleveranser, førte ikke frem. Det kan uansett ikke være særlig tvil om at

den utvekslingen som hadde foregått, var langt mer omfattende enn et slikt forhold kunne begrunne.

## 2.6 Oppsummering

Det er et begrenset antall konkurransesaker som har blitt ført for retten, men de sakene som foreligger gir likevel grunnlag for noen observasjoner.

For det første er det grunn til å se kritisk på Konkurransetilsynets fremstilling av den økonomiske analysen i sine vedtak. Det er en stor utfordring å skulle formidle til retten de mest detaljerte økonomiske analyser som kan være inneholdt i for eksempel en misbruksvurdering. Det ble tydelig illustrert i SAS/Coast Air saken, hvor tingretten åpenbart fant det vanskelig å ta stilling til inndelingen mellom variable og faste kostnader, som jo tilsynelatende var viktig. I TINE-saken var det også tilsynelatende vanskelig for retten å ta stilling til de mest detaljerte økonomiske analysene som partene var uenige om. Det interessante var imidlertid at den enkle historien, basert på enkel forklaring av at høye priser på ost indikerte dominans, tilsynelatende ble avgjørende for dominansvurderingen. Det illustrerer hvor viktig det er å ha en enkel historie å formidle i retten i den type saker, som selvfølgelig må være basert på en sunn økonomisk analyse. Vi sier ikke med dette at vedtakene skal gjøres mindre grundige, men at den enkle historien som presenteres i domstolen må være bedre forankret i vedtaket.

For det andre indikerer praksis at Konkurransetilsynet i sine vedtak ikke formidler selve det juridiske begrepsapparatet og den konkurranseøkonomiske analysen på en måte som finner gjenklang i domstolene. TINE-saken kan illustrere hvor utfordrende det kan være å formidle konkurranseretsreglene til en domstol som ikke nødvendigvis har erfaring med dette rettsområdet. I TINE-saken var det i vedtaket ikke klart definert hva som var forskjellen mellom en § 10 og en § 11 vurdering, noe

som skapte forvirring, og muligens hadde avgjørende innflytelse på utfallet av saken.

For det tredje er det grunn til å sette spørsmålstegn ved domstolenes evne til å gripe de konkurranserettslig relevante problemstillingene. Ett eksempel på det er at tingretten i TINE-saken misforstod begrepet 'samordnet opptreden', og at Høyesterett i samme sak ikke vurderte TINEs adferd i sammenheng med REMA 1000 1000s utspill. Også den manglende bruken av AKZO-testen i SAS-saken fremstår som et eksempel på at domstolen ikke tok innover seg sentrale konkurranserettslige tilnærminger, og i stedet valgte en mer helhetlig tilnærming.

## 3. Privat håndhevelse: Fokus på enkeltkonflikter mellom private

Siden konkurranserettsens adferdsregler bygger på forbudsregler, kan private parter også bygge på regelverket i saker for de alminnelige domstolene. Dette gjelder for eksempel krav om erstatning (typisk for overpris), men overtredelser av konkurransereglene vil også kunne medføre ugyldighetsvirkninger. Regelverket kan også benyttes som forsvar mot krav, der grunnlaget for kravet påstås å være regelstridig. Det har vært et økende fokus på privat håndhevelse, noe som særlig har vært drevet frem av Europakommisjonen.<sup>26</sup> Holdningen er at privat håndhevelse er et nyttig supplement til offentlig håndhevelse.

Selv om det har vært mange foreleggelses fra nasjonale domstoler til EU-domstolen i saker der konkurransereglene har kommet opp i private rettstvister, var det først i 2001 at Domstolen endelig fikk anledning til å slå fast at overtredelser av regelverket gir grunnlag for erstatningsansvar.<sup>27</sup> Frem til denne saken kom opp hadde sakene for nasjo-

nale domstoler først og fremst dreid seg om kontraktsrettslige spørsmål, og de særlige problemstillingene som fulgte av Kommisjonens tidligere enekompetanse under unntaksbestemmelsen i kartellforbudets tredje ledd.<sup>28</sup> En trend i denne praksisen var også at reglene primært ble benyttet som forsvaret mot krav. Spørsmålet er om liknende trender gjør seg gjeldende i domsmaterialet fra norske domstoler etter at konkurranseloven trådte i kraft 1. mai 2004.<sup>29</sup>

Etter søk på konkurranseloven §§ 10 og 11 i Lovdatabasene TRSIV, LRSIV og HRSIV den 21. oktober 2013, sitter vi igjen med 13 saker der bestemmelsene har blitt vurdert i saker mellom private parter.<sup>30</sup> I tillegg omtales én sak som ikke er tilgjengelig i Lovdata.<sup>31</sup> Følgende observasjoner kan gjøres:

- Samtlige tvister består mellom næringsdrivende og gjelder kontraktsforhold mellom dem.
- Sakene gjelder i all hovedsak ugyldighet, kontraheringsplikt eller vederlagets størrelse.
- Bare i to (rettskraftige) saker ble det konstatert brudd på konkurranseloven, med tilhørende privatrettslige konsekvenser (ugyldighet og restitusjon).
- I flere saker forsøker parter å slippe unna forpliktelser.
- Kravet om merkbarhet har vært avgjørende i flere saker.
- Flere saker gjelder eksklusivitet i ulike former.
- Alle saker om kontraheringsplikt gjaldt oppsigelse av eksisterende kontrakts-/forretningsforhold.
- Det foreligger hittil ikke rettskraftige avgjørelser der det er konstatert erstatningsansvar i kjølvannet av Konkurransetilsynets vedtak.<sup>32</sup>

### 3.1 Saker vedrørende § 10

*Reddal Sand* gjaldt en langvarig avtale (20-25 år) om eksklusivt kjøp av transporttjenester. Tvisten oppstod fordi kjøperen mente at kontraktsprisen

var blitt for høy. Agder lagmannsrett kom til at avtalen ikke begrenset konkurransen merkbar.<sup>33</sup>

*Sparebanken Vest/Sparebank 1* dreide seg om rettmessigheten av oppsigelse av en distribusjonsavtale. I den forbindelse ble det blant annet gjort gjeldende at en karensklausul på tre måneder var i strid med konkurranseloven § 10. Denne anførselen ble det ikke gitt medhold i, idet klausulen ikke ble ansett å ha merkbar konkurransebegrensende virkning.<sup>34</sup>

*Nortura/Jærkylling (Cardinal Foods)* startet som en kontraktsrettslig disputt om kapasitetsutnyttelse i et felles kyllingslakteri. Det ble fra Norturas side anført flere grunnlag for at samarbeidet var ulovlig, og Nortura søkte også Konkurransetilsynet om lempning i forkant av hovedforhandlingen, noe som førte til flere kjæremål om stansing av saken og innsyn i lempningssøknaden. Jæren tingrett fant ikke at det forelå brudd på konkurranseloven, og viste dessuten til at selv om elementer i samarbeidet skulle være i strid med loven, var dette ikke til hinder for å ta Cardinal Foods krav om leveranser av slaktet kylling til følge.<sup>35</sup> Saken ble henlagt av Konkurransetilsynet i desember 2012.

*Lødingen Stenindustri (LS)* gjaldt en tvist om rett til uttak av pukkk/masser for knuseformål fra et steinbrudd i Nordland.<sup>36</sup> Mesta Stein AS hadde eksklusive rettigheter til slikt uttak, mens LS (som leide området av grunneier) hadde forpliktet seg til ikke å drive slikt uttak i egen regi, eller gi andre rett tilsvarende rettigheter. Samtidig var Mesta Stein AS forpliktet til ikke å drive blokkproduksjon (som var forbeholdt LS). Lagmannsretten kom til at Mesta Stein AS og LS var konkurrenter i markedet for pukkk, og at avtalen hadde konkurransebegrensende formål.<sup>37</sup> Retten viser til flere EU-avgjørelser, og legger også an et perspektiv der konkurransen i det relevante markedet omtales.

*Datek* gjaldt primært spørsmålet om det var inngått avtale om eneforhandling av fjernstyringsenhe-

ter til løftekraner i det norske markedet.<sup>38</sup> Anførsler om at den påståtte avtalen ville være i strid med § 10 førte ikke frem. Tilsvarende gjelder *Total Waste*, der påstand om at en leieavtale inneholdt et konkurranseforbud ikke ble tatt til følge. Gulating lagmannsrett kom til at avtalebestemmelsene var inn tatt for å beskytte immaterielle rettigheter, og at de ikke var i strid med § 10.<sup>39</sup>

I *Klareringsplikt* ble det, som forsvar mot krav om vederlag, anført at klarering av rettigheter til nyhetsartikler gjennom Mediebedriftenes Klarerings tjeneste var i strid med § 10. Anførselen, som etter dommen fremstår som luftig, førte ikke frem.<sup>40</sup>

*Dobbeltroaming-saken* gjaldt gyldigheten av en eksklusivitetsforpliktelse med henblikk på roaming.<sup>41</sup> Network Norway hadde forpliktet seg til eksklusivitet overfor Telenor, noe som ble utfordret da Tele 2, som hadde avtale med Netcom, kjøpte Network Norway. Telenor gikk til søksmål med krav om høyere vederlag. Network Norway påstod på sin side at dobbeltroamingsforbudet var i strid med både § 10 og § 11. Domstolen avgjorde saken på avtalerettslig grunnlag, men gikk likevel inn på en omfattende vurdering av eksklusiviteten.<sup>42</sup> Denne konkluderte med at eksklusiviteten ikke var i strid med konkurransereglene, idet klausulen ikke var egnet til å begrense konkurransen. Retten slo også fast at Telenor hadde et legitimt behov for en slik klausul.

### 3.2 Saker vedrørende § 11

*CargoNet* tok i likhet med Reddal Sand utgangspunkt i misnøye med prisnivået i et kontraktsforhold.<sup>43</sup> Saken kom opp ved at CargoNet forsøkte å drive inn forfalte fakturaer for terminaltjenester. Kunden (Cargolink) bestred kravet på konkurranserettslig grunnlag, og krevde også tilbakebetaling av ulovlig overpris.<sup>44</sup> Nærmere bestemt ble det påstått at CargoNet hadde påtvunget Cargolink urimelige priser i strid med konkurranseloven § 11, og

dessuten at det forelå konkurransebegrensende marginskvis.<sup>45</sup>

Retten ga delvis medhold i kravet basert på utnyttende misbruk (urimelig høyt vederlag). På dette punkt tok retten utgangspunkt i sammenhengen mellom pris og kostnad, men fant at det materialet CargoNet hadde fremlagt var svært mangelfullt, og at den tvil som bestod måtte gå utover Cargonet, som var nærmest til å sikre bevis. Deretter ble det foretatt en sammenligning med priser for tilsvarende tjeneste ved et annet anlegg.<sup>46</sup> På denne bakgrunn ble det konkludert med at prisen var urimelig høy iht. § 11, og CargoNets krav ble dels satt ned, dels ble Cargolink tilkjent tilbakebetaling av tidligere betalt merpris.

“ Dette indikerer at vedtaket kanskje var for omfattende utarbeidet, og at det i stedet burde vært utformet slik at det var et enkelt budskap og en enkel historie som kunne formidles i retten – i alle fall slik at denne historien burde kommet klarere frem i vedtaket.

Selv om dommen kan kritiseres for å avgjøre misbruksspørsmålet etter en for mekanisk sammenligning med et annet anlegg, er dette forståelig på bakgrunn av bevissituasjonen i saken. Dessuten er prinsippene for vurderingen av urimelig høy pris i § 11 temmelig usikre, herunder om benchmarking kan anvendes som substitutt for en pris/kostnads sammenligning, eller om det bare er et supplement.<sup>47</sup>

Saken angår en situasjon der de konkurranserettslige normene i alle fall tilsynelatende tangerer privatrettslige prinsipper om «rimelig pris». Der

med er det kanskje heller ikke overraskende at saken løses på det som fremstår som en rimelig og balansert måte mellom partene. Det er imidlertid en indikasjon på at konkurranseretten tillegges privatrettslige egenskaper, når det uttales at avtalel. § 36 ikke gir grunnlag for rimelighetsensur utover det som fulgte av konkurranseloven § 11. Det vil være feil å tillegge § 11 en funksjon som en uttømmende rimelighetsstandard mellom dominerende foretak og andre næringsdrivende.

I *Hugaas Rugeri* ble det begjært midlertidig forføyning for å hindre Nortura å innføre en ny prisstruktur, som ble påstått å være i strid med § 11. Oslo Byfogdembede konkluderte imidlertid med at det ikke forelå sikringsgrunn.<sup>48</sup>

De fire siste sakene gjelder ulike tilgangsspørsmål, tre av dem om avslutning av eksisterende kontraktsforhold, og én sak om påstått diskriminerende kontraktsvilkår. I *Benair* ble det i en sak om tvangsfravikelse påstått at utleier – Oslo Lufthavn AS (OSL) – misbrakte sin dominerende stilling ved å nekte adgang til videre hangarleie.<sup>49</sup> Lagmannsretten vurderte saksforholdet opp mot prinsippene fra Bronner-saken<sup>50</sup>, og kom til at OSL ikke representerte en essensiell facilitet for Benairs nedstrømsmarked (flyfrakt). Vurderingen i saken skjedde like fullt ut fra Benairs perspektiv, og ikke med utgangspunkt i konkurransesituasjonen på markedet.

Også *Hovden skisenter* (verserer for Høyesterett) gjelder påstand om avbrytelse av en varig forretningsforbindelse med en tilbyder av skiopplæring (reelt sett om det består en rett til å drive organisert skiskole i anlegget).<sup>51</sup> Agder lagmannsrett kom til at eksklusiviteten var i strid med konkurranseloven, og at det forelå kontraheringsplikt. I denne avgjørelsen er perspektivet også tydelig virkningene for den private parten, mens konkurransesituasjonen i markedet ikke tas opp.

*MP Media* gjaldt krav om erstatning for diskrimi-

nerende vilkår og delvis forretningsnektelse fra påstått dominerende distributør av blader og magasiner (Interpress, tidligere Narvesen distribusjon).<sup>52</sup> MP Media Norge AS (utgiver av erotiske magasiner) krevde erstatning for påstått diskriminerende vilkår for distribusjon, samt for delvis nektelse av distribusjon av blader med DVD-vedlegg. Det var anført brudd på lojalitetsplikt i kontraktsforhold samt krrl. § 11.

I vurderingen av anførselen om lojalitetsplikt kommer retten til at Interpress «i realiteten har en monopolsituasjon på distribusjon av erotiske blader» og at det derfor er grunn til å oppstille en plikt om at forskjellsbehandling mellom kunder må være saklig begrunnet. På dette grunnlag ble MP Media tilkjent erstatning for diskriminerende kontraktsvilkår, mens Interpress ble frifunnet for krav om erstatning basert på at foretaket i en prøveperiode bare hadde distribuert erotiske magasiner med DVD-vedlegg for en konkurrent.

Deretter går retten over til å behandle det konkurranserettslige påstandsgrunnlaget. På dette punktet ble kravet avvist under henvisning til at Interpress ikke var dominerende. I denne delen av saken går retten inn på en omfattende drøftelse av spørsmålet om Bladcentralens omsetning (i henhold til tingretten med en markedsandel på 85 prosent av «markedet for distribusjon av blader og bøker til massemarkedet») skal regnes inn ved dominansvurderingen eller ikke, siden dette foretaket kun distribuerer for sine eiere (utgivere), og heller ikke distribuerer erotikk. En slik tilnærming er overraskende, siden det faktum at en aktør *de facto* ikke betjener visse kunder ikke behøver å bety at det ikke utgjør et konkurransekorrektiv til andre foretak i samme marked. Alternativt må det relevante markedet defineres til et marked for distribusjon av erotikk. Retten kom til at Bladcentralen skulle regnes med (åpenbart riktig etter vår oppfatning), og at Interpress da hadde en mar-

kedsandel på 11 prosent, slik at det ikke var dominerende.

Tilnærmingen i den konkurranserettslige delen av dommen bærer tydelig preg av et fokus på MP Medias situasjon og et startpunkt for dominansvurderingen som er mer *inter partes*-orientert enn konkurransepolitisk. Samtidig er saken spesiell fordi forhandlingsmakten til Interpress i den privatrettslige vurderingen leder til en karakteristikkk som «i realiteten ... monopolsituasjon» med dertil hørende ulovfestet plikt til ikke-diskriminering. Selv om det er positivt at påstandsgrunnlagene i saken er drøftet separat, er det tydelig ut fra dommen at det skjer en glidning av argumenter mellom de to vurderingene. Dette kan anses som en uheldig «normkonkurranse», der domstolene i et forsøk på å reparere det som oppfattes som hull i den konkurranserettslige reguleringen, ender opp med en løsning fundert på ulovfestede prinsipper som faktisk skader konkurransen.<sup>53</sup>

*Torget i Bergen* gjaldt nektelse av å gi torgplass til selgere som ikke aksepterte torgets kontraktsvilkår (at varer måtte være norskproduserte).<sup>54</sup> Vurderingen bygges primært på privatrettslige grunnlag, herunder at fordeling av torgplasser må skje etter «rettferdige og saklige prinsipper». Det ble ikke funnet å foreligge usaklig forskjellsbehandling, ei heller brudd på konkurranseloven.

### 3.3 En oppsummering

Sakene gir det kanskje lite overraskende inntrykket at det primært dreier seg om partenes interesser i privatrettslige konflikter, og at konkurranseloven kommer inn som ett av flere grunnlag. Domstolene inntar i liten utstrekning et markedsperspektiv i sine vurderinger, men fokuserer på virkningene for de private partene, der konkurranserettslige og kontraktsrettslige grunnlag drøftes om hverandre. Kvaliteten og dybden i de konkurranserettslige drøftelsene varierer også betydelig, noe som selvsagt øker risikoen for

feilaktige avgjørelser. Det foreligger imidlertid kun to rettskraftige avgjørelser som konstaterer brudd på loven; Lødingen Stenindustri og CargoNet, begge med vurderingstemaer med lite islett av økonomisk analyse. At konkurranserettslige anførsler i liten utstrekning fører frem kan ses på som et sunnhetstegn i lys av sakstilfanget; det vil si at domstolene ikke så lett hopper på konkurranserettslige anførsler, fremsatt for å tjene partens egne interesser.

Noe reelt supplement til tilsynets håndhevelse kan dette imidlertid neppe kalles. I stedet synes privat håndhevelse av norsk konkurranserett å følge de samme utviklingslinjer som i EU-retten, det vil si at den fremdeles må anses å være i støpeskjeen, og at rettsreglene foreløpig bare anvendes som tilleggsargumenter i det som primært representerer kontraktsrettslige tvister.

## 4. Avsluttende kommentarer

Sakstilfanget i norsk konkurranserett er begrenset. Dette gjelder både de saker Konkurransetilsynet selv driver frem til endelige vedtak, men vel så mye for privat håndhevelse. Dermed har heller ikke norske domstoler i særlig grad markert en tydelig og konsistent linje i konkurranseretten. Praksis fremstår som fragmentert og i noen grad preget av det som må karakteriseres som arbeidsuhell.

Gjennomgangen av praksis gir også lærdom til konkurransemyndighetene, særlig med tanke på vedtaksutforming og saksfremstilling. Dommerne har en tendens til å søke mot det trygge og enkle, og erfaringen viser at saker lett smuldrer bort når saken beveger seg inn på kompliserte økonomiske områder. Grunnlaget for å få kommunisert resonnementene legges allerede i vedtaket, der det er essensielt at resonnementer gjøres forståelige og at den økonomiske analysen formidles innenfor et juridisk argumentasjonsmønster.

Endelig bør domstolene i tvister mellom private bestrebe seg på å anlegge et bredere og mer markedsorientert perspektiv, i stedet for å fokusere på partene og partenes interesser. Konkurranserettens anliggende er konkurranse og effektivitet, mens privates interesser bare relevante i den utstrekning de representerer en forutsetning for konkurranse eller det er tale om kundenes interesse i at konkurransen fungerer. Domstolenes anvendelse av konkurransereglene fremstår i disse sakene som et mindre problem, idet mange saker dreier seg om å avvise tynt begrunnede anførsler om at dette og hint er i strid med regelverket. Det representerer imidlertid et faresignal at svakt begrunnede anførsler risikerer å bli tatt til følge. Konkurransereglene har en funksjon utover den konkrete tvisten, ved å sørge for effektiv konkurranse på markedene.

Mye av det som er sagt her har selvfølgelig sammenheng med *mangel på konkurranserettlig kompetanse i domstolene*. I en slik situasjon er det nærliggende å lansere idéen om en særdomstol for konkurransesaker. Etter vår oppfatning er imidlertid sakstilfanget så vidt lite at en slik ordning vanskelig lar seg forsvare, samtidig som det vil være en utfordring å rekruttere kvalifiserte dommere. En slik ordning ville heller ikke løst utfordringene innenfor privat håndhevelse, idet konkurranserettslige anførsler oftest bare utgjør en liten del av sakskomplekset. I denne sammenheng er det snarere grunn til at konkurransesaker bør settes med fagkyndige meddommere, særlig økonomer. På den måten kan en også sikre at det samfunnsøkonomiske aspektet, som tross alt er det mest fremtredende i konkurranseretten, ikke fortren-

ges til fordel for mer eller mindre kvalifiserte rimelighetsvurderinger basert på verdivalg og sympati. Det kan også vurderes å la Konkurransetilsynet spille en mer aktiv rolle i saker hvor domstolene behandler privatrettslige krav basert på konkurransereglene, jf. for eksempel innleggsretten i saker vedr. EØS-konkurransereglene (EØS-konkurranseloven § 9).

Så langt gir således ikke domstolenes behandling av konkurranserettssaker grunnlag for å foreslå *institusjonelle endringer* innenfor det eksisterende domstolssystemet. Det som kan gjøres, er imidlertid å arbeide for at *sakene er så godt belyst som mulig før de kommer inn i dette systemet*. I regjeringsplattformen til Høyre og Fremskrittspartiet (Sundvolden-plattformen) sies det at regjeringen vil «[s] tyrke Konkurransetilsynet som selvstendig myndighetsorgan og fjerne regjeringens rolle som ankeinstans for Konkurransetilsynet ved å etablere en uavhengig klagenemnd for konkurranse.» Også en slik nemnd vil etter vår oppfatning være utfordrende, både ressurs- og kompetansemessig. Det er imidlertid også et spørsmål om ikke flere sakstyper kunne vært samlet i et mer domstolsliknende forvaltningsorgan, for eksempel Markedsrådet.<sup>55</sup> Etter en kontradiktorisk behandling der vil forutsetningene for en videre ankebehandling etter vår mening ligge langt bedre til rett enn slik dagens system er lagt opp. Forutsetningen må være at Markedsrådet håndterer alle typer vedtak som tar stilling til materielle spørsmål etter konkurranseloven. At man på denne måten vil bevege seg i retning av en markedsdomstol i første instans, behøver ikke være negativt.



## Noter

- 1) Takk til Eirik Østerud og Harald K. Selte for kommentarer til et tidligere utkast.
- 2) Vi ser her bort fra såkalte »follow-on« saksmaal, dvs. at vedtak fra konkurransemyndighetene benyttes som grunnlag for senere erstatningssaksmaal, typisk at kunder krever erstatning i kjølvannet av avsløring av karteller. I slike tilfeller dreier det seg om et rent økonomisk etteroppgjør som følge av overtredelser av offentligrettslig regulering.
- 3) Fremstillingen fokuserer på atferdsreglene, dvs. konkurranseloven § 10 om konkurransebegrensende samarbeid og § 11 om misbruk av dominerende stilling. Fusjonskontrollen vil ikke bli vurdert, ei heller private saksmaal basert utelukkende på EØS-reglene.
- 4) Vi har ikke behandlet Ski/Follo Taxi-saken, der Follo tingrett opphevet Konkurransetilsynets vedtak V2011-12 av 4. juli 2011 ved dom 8. februar 2013 i sak 11-202508TVI-FOLL, idet dommen i sin helhet er påanket. Saken gjelder overtredelsesgebyr og pålegg om opphør for påstått ulovlig felles anbud på transporttjenester overfor Oslo Universitetssykehus. Tingrettens dom må imidlertid sies å bekrefte de observasjoner som gjøres i det følgende.
- 5) Vedtak 2005-9 (6. juni 2005).
- 6) Dom i Oslo tingrett av 27. juli 2006, TOSLO-2005-111347.
- 7) Vedtak 2007-28 (7. desember 2007).
- 8) Om »fastsettelsesvedtak« se E. Hjelmeng: 'Håndhevelse av konkurransereglene – er ad hoc-løsninger veien å gå?', Magma nr. 8/2013, s. 63–72.
- 9) Etter sak C-62/86 AKZO, [1991] ECR I-3359. For en nærmere beskrivelse av AKZO-testen og hvordan den ble benyttet (eller rettere sagt ikke benyttet) i denne saken, se L. Sørgard: 'Økonomisk analyse i Oslo tingrett i SAS/Coast Air saken', domstolsseminar på Universitetet i Oslo 29.08.2013, artikkel tilgjengelig på <http://becle.buib.no/files/2013/09/SAS-COAST-AIR-domstolsseminar-17-06-2013.pdf>.
- 10) Se sak C-202/07 P France Télécom v Kommisjonen, [2009] ECR I-2369, prem. 107.
- 11) Vedtak 2007-2 av 19. februar 2007.
- 12) Oslo tingretts dom av 25. mars 2009 i sak 07-063120TVI-OTIR/07.
- 13) Dette er nærmere forklart i T. S. Gabrielsen: 'Dominansspørsmålet i TINE-saken', domstolsseminar på Universitetet i Oslo 29. august 2013, artikkel tilgjengelig på <http://becle.buib.no/files/2013/09/Dom-TINE-11-8-2013.pdf>.
- 14) Borgarting lagmannsretts dom av 7. september 2010 i sak 09-089085ASD-BORG/02.
- 15) Dette er nærmere beskrevet i Gabrielsen, se fotnote 13.
- 16) Tilsynets avledede anke, som gjaldt forholdet til ICA, ble imidlertid ikke tillatt fremmet.
- 17) Se for eksempel forente saker 100-103/80 Musique Diffusion Française [1983] ECR 1825, prem. 72 ff. og sak T-41/96 Bayer [2000] ECR II-3383, prem. 71.
- 18) Konkurransetilsynets vedtak 2009/15 Norges Turbileierforbund.
- 19) Vedtaket, s. 20.
- 20) Dom 16. mars 2010 i sak 09-139595TVI-OTIR/08.
- 21) Merkbaretskravet i forbindelse med formålovertredelser er i en litt annen kontekst nylig behandlet av Domstolen i sak C-226/11 Expedia [2012] ECRI-\_\_\_\_\_ (13. desember 2012).
- 22) Se pressemelding fra Konkurransetilsynet av 9. januar 2012.
- 23) De aktuelle arbeidene ble til slutt utført av andre selskaper, da med en total pris på knapt NOK 4 millioner.
- 24) Vedtak 2009-17.
- 25) Jf. f.eks. forente saker 40 etc./73 Suiker Unie [1975] ECR 1663, prem 174.
- 26) Se 2005 Green Paper – Damages actions for breach of the EC antitrust rules, COM(2005)672, 2008 White Paper on actions for damages (COM(2008)165 final), og senest Proposal for a directive governing actions for damages (COM (2013) 404 fin., 11. juni 2013).
- 27) Sak C-453/99 Courage v Crehan, [2001] ECR I-6297.
- 28) Se nærmere E. Hjelmeng, Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler, Bergen 2003.
- 29) Dommer vedr. konkurransereglene fra nasjonale domstoler i EU-landene innrapporteres på <http://ec.europa.eu/competition/elojade/antitrust/nationalcourts/>.
- 30) Vi har ikke tatt med prosessuelle avgjørelser, ei heller saker hvor konkurranserettslige anførsler ikke har blitt behandlet fordi saken har blitt avgjort på annet grunnlag.
- 31) MP Media/Interpress-saken fra Nedre Romerike tingrett, dom av 29. februar 2012 i sak 11-02078TVI-NERO.
- 32) Det verserer imidlertid erstatningssaker mot Posten Norge og Color Line etter ESAs vedtak mot disse foretakene, basert på EØS-reglene.
- 33) Dom 19. desember 2012, LA-2012-3783.
- 34) Borgarting lagmannsretts kjennelse 8. november 2007, LB-2007-150205.
- 35) Dom av 1. februar 2011, TJARE-2010-68972-2.
- 36) Dom av 17. mars 2009, LH-2008-144454.
- 37) LS hadde kontaktet Konkurransetilsynet, men tilsynet hadde på tidspunktet for domsavsigelse ennå ikke avgjort saken.
- 38) Borgarting lagmannsretts dom av 2. november 2010, LB-2009-202293.
- 39) Dom av 20. januar 2006, LG-2004-10668.
- 40) Oslo tingretts dom av 25. mai 2009, TOSLO-2008-156741.
- 41) Asker og Bærum tingretts dom av 29. november 2012, TAHER-2012-51158.
- 42) Dommer i saken var tidligere juridisk direktør i Konkurransetilsynet.
- 43) Borgarting lagmannsretts dom av 29. april 2013, LB-2011-164879.
- 44) Denne konstallasjonen er, bortsett fra at den konkurranserettslige anførselen grunnes på misbruksforbudet og ikke samarbeidsforbudet, identisk med den grunnleggende saken om erstatningsansvar etter EU-konkurransereglene; Courage v Crehan sitert ovenfor.
- 45) Også i denne saken var det klaget til Konkurransetilsynet, men tilsynet hadde ikke prioritert å behandle saken. (Avgjørelse A2011-20 av 24. mai 2011 om avslag på anmodning om å gripe inn). Cargolink hadde for øvrig fått innsyn i Fornying- og administrasjonsdepartementet avslø ved vedtak av 23. august 2013 Cargolinks klage over Konkurransetilsynets delvise avslag på innsyn i opplysninger i saken.

- 46) Relevansen av benchmarking er anerkjent av Domstolen i sak 30/87 Bodson [1988] ECR 2479, prem. 31, se også Kommisjonens vedtak av 23. juli 2004 i Port of Helsingborg (sak COMP/A.36.570/D3 og COMP/A.36.568/D3).
- 47) Formuleringen i den grunnleggende saken 27/76 United Brands, [1978] ECR 207, prem. 252, indikerer at det uansett må gjennomføres en pris/kostnadsvurdering, idet det sies det først må vurderes om prisen er «excessive» i forhold til kostnader, deretter om prisen er «either unfair in itself or when compared to competing products». Se nærmere Hou (2011): «Excessive Prices within EU Competition Law», 7 European Competition Journal 47-70.
- 48) Kjennelse av 15. juli 2011, TOBYF-2010-105403. Kjennelsen inneholder noen interessante betraktninger om rettslig interesse.
- 49) Eidsivating lagmannsretts kjennelse av 2. februar 2009, inntatt i RG. 2009 s. 188.
- 50) Sak C-7/97 Oscar Bronner, [1998] ECR I- 7791. I denne saken ble det ikke ansett som misbruk at en dominerende distributør av aviser nektet å distribuere konkurrentens avis.
- 51) Agder lagmannsretts dom av 14. februar 2013, LA-2012-77094 (ikke rettskraftig).
- 52) Nedre Romerike tingrett, dom av 29. februar 2012 i sak 11-02078TVI-NERO.
- 53) På mer generelt grunnlag er dette fenomenet behandlet i Erling Hjelmeng, *Normkonkurranse i erstatningsretten*, festskrift til Asbjørn Kjønstad, Gyldendal 2013, s. 287 – 300.
- 54) Gulating lagmannsretts dom av 3. juni 2005, LG-2004-5524.
- 55) Andre sakstyper vil kunne være immaterialrett og offentlige anskaffelser. Se også NOU 2013:6 om Markedsrådets tiltenkte rolle under forslaget til en lov om god handelsskikk.